

PROCESSO - A. I. Nº 281508.0001/15-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BARCELONA COMÉRCIO VAREJISTA E ATACADISTA S/A.
RECORRIDOS - BARCELONA COMÉRCIO VAREJISTA E ATACADISTA S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0144-02/16
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/06/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C/JF Nº 0153-12/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) FALTA DE ESTORNO. a.1) SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO. a.2) SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM REDUÇÃO DO IMPOSTO. Devem ser estornados os créditos fiscais relativos às mercadorias e bens adquiridos e os serviços tomados, vinculados às operações de saídas internas subsequentes amparadas por isenção, fase de tributação encerrada e redução da carga tributária de ICMS. **Infrações caracterizadas. b) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SAÍDAS SUBSEQUENTES COM A FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA.** Item parcialmente recolhido. **Infração comprovada. 2. ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA LEGALMENTE. RECOLHIMENTO A MENOS.** Efetuadas correções no cálculo do imposto devido. **Infração parcialmente caracterizada. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 2ª JJF, respectivamente em razão do Acórdão 2ª JJF Nº 0144-02/16, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 281508.0001/15-7, lavrado em 29/09/2015, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$1.279.850,62, em decorrência das infrações descritas a seguir.

Infração 1 - Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com isenção do imposto. ICMS: R\$ 406.175,00. Multa de 60%.

Infração 2 - Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. ICMS: R\$ 160.372,34. Multa de 60%.

Infração 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária. ICMS: R\$215.076,87. Multa de 60%.

Infração 4 - Recolheu a menos ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS: R\$402.751,92. Multa de 60%.

Infração 5 - Manteve saldo credor, não estornado, decorrente de crédito indevido de ICMS. Foi indicada a multa de 60%, no valor de R\$95.474,49.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 02/09/2016 (fls. 270 a 281) e decidiu pela procedência em parte, no valor de R\$1.221.602,30, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Preliminarmente, o autuado suscitou a nulidade do lançamento de ofício, sob o argumento de que houve

equivoco na metodologia da apuração do crédito tributário, pois, antes da lavratura do Auto de Infração, não foi intimado a prestar esclarecimentos acerca da matéria tributável, os fatos apurados não foram investigados em profundidade e não lhe foi dada oportunidade de se defender das acusações que lhe foram impostas.

Uma vez iniciada a ação fiscal, fica afastada a espontaneidade do contribuinte, cabendo à autoridade administrativa competente constituir o crédito tributário mediante o lançamento tributário de ofício. Nos termos do art. 142 do CTN, é essa autoridade administrativa quem apura a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, determina a matéria tributável, calcula o montante do tributo devido, identifica o sujeito passivo e propõe aplicação da penalidade. No desenrolar desse procedimento, quando julgar necessário, poderá a referida autoridade administrativa solicitar esclarecimentos ao sujeito passivo acerca de fatos apurados, porém não há na legislação nenhum dispositivo que condicione a lavratura de Auto de Infração à prévia explicação do sujeito passivo acerca de irregularidade apurada.

Os anexos do Auto de Infração deixam evidente que todos os elementos constitutivos do crédito tributário lançado foram apurados mediante um amplo exame dos fatos, no qual foram utilizadas informações fornecidas pelo próprio autuado à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Vê-se nesses anexos que a situação tributária de cada uma das mercadorias foi considerada pelo autuante para fins de determinação dos valores devidos, sendo que eventuais equívocos devem ser saneados, de forma que a exigência fiscal recaia apenas sobre o valor efetivamente devido, conforme restará demonstrado na apreciação do mérito.

O exercício do direito de defesa e do contraditório foi garantido ao autuado em sua plenitude, conforme previsto na legislação. O exame das peças processuais deixa evidente que as infrações foram descritas com clareza e precisão, permitindo que o contribuinte soubesse do que estava sendo acusado. Os dispositivos legais considerados como infringidos foram corretamente citados, facilitando, assim, o entendimento das infrações apuradas. O Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos, dos quais o autuado recebeu cópia, que explicam a metodologia empregada na apuração dos montantes exigidos e detalham todos os dados utilizados na apuração desses valores. Em suma, não há como se acolher a tese defensiva de que não teria sido dada ao autuado a oportunidade de exercer o seu direito de defesa.

Em face ao acima exposto, afasto essas preliminares de nulidade arguidas na defesa.

Ainda em preliminar, o autuado suscita a nulidade do lançamento, sob a alegação de que haveria erro na quantificação da infração 4, resultando em exigência superior à devida. Diz que em relação ao exercício de 2013, os produtos listados na autuação seriam da cesta básica e, portanto, sujeitas a redução de base de cálculo. Sustenta que esses equívocos não podem ser corrigidos na fase de julgamento.

Esses argumentos trazidos pelo defendente são referentes ao mérito da lide e, como tal serão tratados mais adiante neste voto. Ressalto que o equívoco citado pelo autuado não é motivo para a nulidade da autuação, pois tal erro não impede que se determine a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário. Assim, também afasto essa preliminar de nulidade.

Adentrando ao mérito da lide, inicialmente, observo que o autuado reconhece como procedente a infração 5 e, como procedentes em parte, as infrações 3 (parcial - 2013) e 4 (parcial - 2014), tudo conforme o documento de fl. 225. Dessa forma, não há lide quanto à parte reconhecida como procedente pelo autuado.

As infrações 1 e 3 foram tratadas em conjunto na defesa. Seguindo essa mesma metodologia adotada na defesa, também apreciarei essas duas infrações conjuntamente.

Conforme já relatado, a infração 1 trata de falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com isenção. Por sua vez, a infração 3 cuida de utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com o pagamento do imposto por antecipação tributária.

Em sua defesa, o autuado não nega o cometimento das infrações que lhe foram imputadas, porém sustenta que o tributo foi devidamente recolhido por ocasião da posterior saída das mercadorias. Tendo em vista que o autuado não tinha apresentado comprovação do quanto arguido na defesa, o autuante o intimou (fl. 225) a apresentar prova do alegado. Visando elidir as infrações, o autuado apresentou o CD de fl. 260.

De plano, saliento que a legislação tributária estadual exige o estorno de crédito fiscal relativo a entrada de mercadorias com saídas subsequentes isentas (infração 1), bem como veda a apropriação de crédito fiscal atinente a mercadorias com imposto pago por antecipação tributária (infração 2). Dessa forma, o argumento defensivo não elide as infrações que estão devidamente comprovadas nos autos. Eventuais pagamentos efetuados indevidamente pelo autuado quanto às operações relacionadas nas infrações em comento, poderão, caso restem efetivamente comprovados, ser objeto de pedido de restituição de indébito, observando-se os requisitos e os procedimentos previstos nos artigos 73 e seguintes do RPAF-BA/99.

Apesar do entendimento acima, o que já coloca por terra o argumento defensivo, examinei o arquivo gravado no CD de fl. 260 e observei que as planilhas ali gravadas não permitem a comprovação do alegado na defesa, pois, além de serem demonstrativos bimensais e trimestrais, não permitem que se correlacionem os supostos

destaques de imposto com as operações que foram relacionadas na autuação.

Em face ao exposto, as infrações 1 e 3 subsistem integralmente.

Na infração 2, o autuado foi acusado de ter deixado de efetuar o estorno de crédito fiscal relativo a entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução.

De acordo com o demonstrativo elaborado pelo autuante (fls. 39 a 42), nessa infração foram relacionadas entradas de leite em pó, composto lácteo, margarina e vinagre. As saídas internas dessas mercadorias estavam amparadas pela redução de base de cálculo, de forma que a incidência do imposto resultasse numa carga tributária de 7%, prevista no artigo 268, incisos XXV e XXVII, do RICMS-BA/12, cujo teor transcrevo a seguir:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

[...]

Redação anterior dada ao inciso XXV do caput do art. 268 pela Alteração nº 15 (Decreto nº 14.681, de 30/07/13, DOE de 31/07/13), efeitos de 01/08/13 a 31/12/13:

XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);

Redação originária, efeitos até 31/07/13:

XXV - das operações internas com leite em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);

[...]

Redação originária, efeitos até 31/12/13:

XXVII - das operações internas com vinagre, charque e margarina, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento);

Os produtos relacionados na infração em comento não se confundem com os previstos na alínea “a” do inciso I do artigo 16 da Lei nº 7.014/96 - arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca - denominados de “produtos da cesta básica”, e que também são objeto do Convênio ICMS 128/94, como foi alegado na defesa.

Uma vez que os produtos listados na autuação não integram a chamada “cesta básica”, ficam ultrapassados os argumentos defensivos atinentes ao Convênio ICMS 128/94. Ademais, como foi bem explicado pelo autuante na informação fiscal, esse citado convênio não é impositivo, mas meramente autorizativo, conforme depreende de sua cláusula primeira - “Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados ...”

Considerando que a legislação tributária do Estado da Bahia expressamente prevê redução de base de cálculo para os produtos relacionados na infração em tela, deveria o autuado ter estornado o crédito fiscal correspondente à parcela reduzida do ICMS, haja vista que não há previsão na legislação de hipótese de manutenção integral do crédito, a teor do disposto no artigo 312, inciso I, § 1º, do RICMS-BA/12.

Os argumentos trazidos na defesa não se mostram capazes de elidir a acusação imposta ao autuado e, portanto, a infração 2 subsiste em sua totalidade.

Trata a infração 4 de falta de recolhimento de ICMS, em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas operações de saídas regularmente escrituradas, conforme os demonstrativos de fls. 58 a 66 (2013) e 117 a 125 (2014).

Quanto ao exercício de 2014, o autuado reconheceu a procedência da autuação e efetuou o recolhimento do valor correspondente. Dessa forma, resta em lide apenas o valor atinente ao exercício de 2013.

Em sua defesa, o autuado apenas aborda a matéria tratada na infração em comento quando trata da preliminar de nulidade. Todavia, as alegações trazidas em sede de preliminar são atinentes ao mérito da lide e, como questões meritorias, passo a tratá-las.

O autuado, referindo-se ao exercício de 2013, alegou que os produtos relacionados na autuação eram integrantes da cesta básica e que as operações de saídas estavam sujeitas à redução de base de cálculo prevista no artigo 268, XXV, XXVII, do RICMS/12.

Na informação fiscal, o autuante ressaltou que nenhum dos produtos referidos pelo autuado gozava de redução de base de cálculo. Afirmou que jerked beef não se confundia com charque. Disse que a margarina sujeita à redução de base de cálculo era aquela produzida com óleo animal, de forma que os cremes vegetais não se confundiam com a margarina propriamente dita.

Os produtos elencados pelo autuante no demonstrativo de fls. 58 a 66 são os seguintes: composto lácteo; farinha de aveia; farinha de rosca; jerked beef; leite em pó NAN-1; leite em pó Nestogeno; margarina vegetal;

banha Sadia; creme vegetal; farinha de linhaça; azeitona verde; farinha de trigo; e, creme de açaí.

Vê-se, portanto, que os produtos relacionados na infração em tela não estão incluídos na “cesta básica”, com sustentou o autuado em sua defesa. Dessa forma, com exceção dos produtos jerked beef e margarina, os produtos relacionados na autuação são tributados normalmente à alíquota de 17% e, portanto, foi correto o procedimento do autuante.

No que tange à situação tributária dos produtos jerked beef e margarina vegetal, saliento que tal matéria já foi tratada no Acórdão JJF Nº 0136-04/16, deste CONSEF, referente ao Auto de Infração nº 281508.0004/15-6, lavrado contra a Barcelona Comércio Varejista e Atacadista S/A. pelo mesmo autuante. Assim, peço licença para transcrever trecho do voto proferido nesse citado acórdão:

[...]

“O inciso XXVII do artigo 268 do RICMS/12, previa, até 31/12/13, quando foi revogado pelo Decreto nº 14.898/13, o seguinte:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXVII - das operações internas com vinagre, charque e margarina, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento);

Quanto ao jerked beef e à margarina está incorreto o posicionamento do preposto fiscal, ao aplicar a alíquota de 17% nas operações de saídas internas, tendo em vista os esclarecimentos seguintes.

O produto “Jerked Beef”, apesar de bastante semelhante, não se confunde com o “charque”; o primeiro passa por um processo industrial com a adição de componentes químicos, tais como, nitrato e/ou nitrito de sódio ou potássio, que agem como fixadores da cor e bacteriostáticos; já o segundo, sofre um processo natural, com a adição apenas de sal e a exposição à luz solar.

O “Jerked Beef” estava, à época dos fatos geradores, enquadrado no regime da substituição tributária, no item 34 do Anexo 1 do RICMS/12 (MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA), como se observa a seguir:

ANEXO 1

(...)

“34

Produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino e suíno em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque - 0201; 0202; 0203; 0206; 0209 e 0210”

(...)

Observo, ainda, que, somente a partir de 01/12/14, é que o “Jerked Beef” passou à condição de mercadoria tributada normalmente, porém com carga tributária de 12%, como se depreende do artigo 268, inciso LI, c/c o item 34 do Anexo 1, do RICMS/12 (MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA), com a redação dada pelo Decreto nº 15.661/14, como a seguir transcrito:

ANEXO 1

(...)

“34

Produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque e jerked beef - 0201; 0202; 0203; 0204; 0206; 0209 e 0210

(...)

Nota: A redação da coluna “Mercadoria – NCM” do item 34 foi dada pela Alteração nº 26 (Decreto nº 15.661, de 17/11/14, DOE de 18/11/14), efeitos a partir de 01/12/14”.

(...)

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

LI - nas operações internas com charque e jerked beef, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento).

Nota: A redação atual do inciso LI do caput do art. 268 foi dada pela Alteração nº 26, Decreto nº 15.661, de 17/11/14, DOE de 18/11/14, efeitos a partir de 01/12/14.

Saliento que, pela redação dos dispositivos acima transcritos, depreende-se que a própria legislação

demonstra que “jerked beef” e charque são produtos distintos.

Quanto à margarina, segundo a Portaria nº 372 do Departamento de Inspeção de Produtos de Origem Animal (DIPOA) do Ministério da Agricultura, é o produto gorduroso em emulsão estável com leite ou seus constituintes ou derivados, e outros ingredientes, destinado à alimentação humana com cheiro e sabor característicos. A gordura láctea, quando presente, não deverá exceder a 3% (m/m) do teor de lipídios totais.

Portaria nº 372, de 04 de setembro de 1997.

REGULAMENTO TÉCNICO PARA FIXAÇÃO DE IDENTIDADE E QUALIDADE DE MARGARINA

(...)

2. DESCRIÇÃO

2.1. DEFINIÇÃO: *Entende-se por Margarina o produto gorduroso em emulsão estável com leite ou seus constituintes ou derivados, e outros ingredientes, destinados à alimentação humana com cheiro e sabor característico. A gordura láctea, quando presente não deverá exceder a 3% m/m do teor de lipídios totais.*

(...)

4. COMPOSIÇÃO E REQUISITOS

4.1. Composição

4.1.1. Ingredientes obrigatórios

4.1.1.1. Leite, seus constituintes ou derivados.

Óleos e/ou gorduras de origem animal e/ou vegetal.

Água.

- Os óleos e/ou gorduras poderão ser modificados no todo ou em parte, por hidrogenação e/ou interesterificação e/ou por fracionamento e/ou por outro processo tecnologicamente adequado.

Creme vegetal, de acordo com a Portaria nº 193/99 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), é o alimento em forma de emulsão plástica, cremoso ou líquido, do tipo água/óleo, produzido a partir de óleos e/ou gorduras vegetais comestíveis, água e outros ingredientes, contendo, no máximo, 95% (m/m) e, no mínimo, 10% (m/m) de lipídios totais.

Portaria nº 193, de 9 de março de 1999 (DOU. DE 11/03/99)

REGULAMENTO TÉCNICO PARA FIXAÇÃO DE IDENTIDADE E QUALIDADE DE CREME VEGETAL

(...)

2.1. Definição

Creme Vegetal é o alimento em forma de emulsão plástica, cremoso ou líquido, do tipo água/óleo, produzida a partir de óleos e/ou gorduras vegetais comestíveis, água e outros ingredientes, contendo no máximo 95% (m/m) e no mínimo 10% (m/m) de lipídios totais.

(...)

4. COMPOSIÇÃO E REQUISITOS

4.1. Composição

4.1.1. Ingredientes obrigatórios.

- Óleos e/ou gorduras vegetais.

- Água.

Os óleos e/ou gorduras poderão ser modificados no todo ou em parte, por hidrogenação e/ou interesterificação e/ou por fracionamento e/ou por outro processo tecnologicamente adequado.

Pelo exposto, resta evidente, em suma, que:

1. a margarina é produzida, predominantemente, a partir do leite e de gorduras de origem vegetal, diferindo do creme vegetal;

2. as operações internas com margarina gozavam, à época dos fatos geradores, do benefício da redução de base de cálculo de forma que a incidência do imposto resultasse numa carga tributária de 7%;

3. o “jerked beef”, à época dos fatos geradores, encontrava-se enquadrado na antecipação tributária, com a fase de tributação encerrada nas operações de saídas posteriores.

Consequentemente, devem ser excluídas da autuação as notas fiscais relativas às operações internas de saídas de jerked beef (por estar enquadrado na substituição tributária em 2013) e de margarina (por gozar de redução de base de cálculo em 2013), alterando-se, portanto, o débito da infração 5, de R\$607.647,78 para R\$580.342,41, acorde o demonstrativo abaixo:”
[...]

Por comungar com o posicionamento externado no voto transcrito acima, entendo que, à época dos fatos, as operações internas de saída de margarina gozavam de redução de base de cálculo, de forma que a carga tributária incidente na operação correspondesse a 7%. Considero também que o produto jerked beef, à época dos fatos, estava enquadrado na antecipação tributária, com a fase de tributação encerrada nas operações de saídas posteriores.

Dessa forma, com base no demonstrativo elaborado pelo autuante e gravado no CD acostado ao processo, excludo da infração 4, relativamente ao exercício de 2013, os débitos referentes às operações com os produtos jerked beef, por estar enquadrado no regime de substituição tributária em 2013, e de margarina, por gozar de redução de base de cálculo em 2013. Em consequência dessas exclusões, o valor devido na infração 4, passa de R\$402.751,92 para R\$344.503,58, conforme demonstrado a seguir:

MÊS/ ANO	INFRAÇÃO 4	
	ICMS LANÇADO NO AUTO DE INFRAÇÃO	ICMS DEVIDO APÓS JULGAMENTO
mai/13	9.918,38	1.579,18
jun/13	23.868,17	14.930,04
jul/13	35.334,22	25.589,29
ago/13	10.995,24	369,71
set/13	4.429,35	88,09
out/13	3.952,49	295,80
nov/13	8.058,13	881,04
dez/13	5.892,18	466,69
jan/14	180.117,92	180.117,92
fev/14	13.460,74	13.460,74
mar/14	2.350,36	2.350,36
abr/14	11.505,50	11.505,50
mai/14	13.849,50	13.849,50
jun/14	9.729,09	9.729,09
jul/14	13.651,92	13.651,92
ago/14	10.404,69	10.404,69
set/14	16.356,05	16.356,05
out/14	15.441,77	15.441,77
nov/14	9.320,15	9.320,15
dez/14	4.116,07	4.116,07
TOTAL	402.751,92	344.503,60

A exigência fiscal referente à infração 5 foi reconhecida como procedente pelo autuante, tendo sido o débito correspondente pago com os benefícios da Lei nº 13.449/15 (Concilia/Bahia), pelo que fica a referida infração julgada procedente.

A previsão de incidência de acréscimos moratórios em relação a débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares encontra-se disciplinada no artigo 102 da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário da Bahia - COTEB), não competindo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual e nem negar aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, a teor do disposto no artigo 125, incisos I e III, do COTEB.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para julgar as infrações 1, 2, 3 e 5 procedentes, e a infração 4 procedente em parte, devendo ser homologados os valores recolhidos pelo contribuinte com os benefícios da Lei nº 13.449/15 (Concilia/Bahia).

A 2ª JF interpôs Recurso de Ofício de sua decisão.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 296 a 321, aduzindo as seguintes alegações.

Preliminarmente, argui a nulidade do lançamento, sob a alegação de que houve equívoco na metodologia de apuração do crédito tributário. Diz que não foi intimado a esclarecer a natureza das operações e eventos analisados, bem como não lhe foi solicitada qualquer informação quanto à matéria tributável, o que levou a fiscalização a presumir que tais operações não tiveram seu

tratamento tributário adequado. Afirma que o Auto de Infração foi lavrado sem uma profunda investigação, quanto à natureza das operações supostamente omitidas. Sustenta que não lhe foi oportunizada a ampla defesa e o esclarecimento dos fatos, em razão da ausência de investigação real da natureza das operações realizadas e dos fatos ocorridos. Alega que a lavratura de auto de infração sem a devida auditoria nos documentos fiscais do contribuinte transfere, indevidamente, à CJF a responsabilidade de realizar a atividade que cabia ao agente fiscal.

Também suscita a nulidade do Auto de Infração, por erro na quantificação do crédito de ICMS da infração 4, resultando em exigência superior àquela que seria, segundo ele, “devida”, de acordo com a própria linha de raciocínio do autuante e com os dispositivos legais citados.

Afirma que, em relação ao exercício de 2013, o autuante não atentou para o fato de que os produtos relacionados na autuação (leite em pó, composto lácteo, vinagre, charque e margarina) eram integrantes da cesta básica e que as operações de saídas, à época, estavam sujeitas à redução de base de cálculo de forma que resultasse em uma carga tributária equivalente a 7%, consoante o artigo 268, XXV e XXVII, do RICMS/12, cujo teor transcreveu.

Diz que, como se trata de erros materiais, a única solução para o caso é o cancelamento do lançamento do crédito tributário, por vício de nulidade. Afirma que tal equívoco não pode ser objeto de revisão do lançamento na fase de julgamento para adequação do crédito tributário, já que se trata de erro na determinação da base de cálculo, causando insegurança jurídica na relação tributária. Para embasar sua tese, reproduz artigos da Constituição Federal, do Código Tributário Nacional e do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99). Reproduz trecho do acórdão recorrido para evidenciar que havia insubsistência de parte do lançamento.

Destaca que o comando contido no dispositivo do acórdão recorrido não considera os pagamentos efetuados pela recorrente, relativos aos itens 3, 4 e 5. Pede assim, que seja revisto para reproduzir, apenas, os valores remanescentes.

Adentrando ao mérito da lide, descreve as acusações referentes às infrações 1 e 3 e, em seguida, afirma que do confronto entre o Demonstrativo Fiscal anexo ao Auto de Infração e os seus arquivos fiscais, verifica-se que as mercadorias cujo imposto foi creditado indevidamente, a despeito da previsão de isenção do imposto nessas operações, foram devidamente tributadas quando de sua posterior saída interna, o que significa dizer que embora, por um lapso, tenha se creditado do imposto em relação às mercadorias cuja saída é isenta ou sujeita à antecipação do imposto, o tributo foi devidamente recolhido por ocasião da posterior saída da mercadoria.

Assegura que, desse modo, o crédito levantado pela fiscalização não implicou qualquer prejuízo para o Estado e, portanto, é desarrazoada a exigência de tributo e multa. Pede que sejam julgados improcedentes esses dois itens do lançamento.

Critica a decisão de piso, ao argumento de que deveria ser intimada para comprovação de que as operações de saída foram tributadas normalmente, em homenagem à busca da verdade material, diferentemente do que fez a JJF. Argumenta que inadmitir tal oportunidade representa afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Reproduz quadro demonstrativo apresentado à fiscalização, relativo aos meses de julho a agosto de 2013, para apoiar a idéia de que, embora tenha se creditado indevidamente, deu saída posterior tributada às mercadorias.

Quanto à Infração 2, afirma que o acórdão recorrido incorreu em evidente equívoco, pois os itens “vinagre”, “margarina”, “composto lácteo” e “leite longa em pó” (incisos XXV e XXVII, do artigo 268, do RICMS/BA), embora supostamente não considerados como básicos pela lei de regência à época dos fatos, também estavam sujeitos à redução da base de cálculo, de modo que a carga tributária incidente também era correspondente à 7%.

Portanto, o argumento de que, supostamente sob sua ótica tais produtos não integram a “cesta

básica”, em nada desabona o fato de que a não cumulatividade é um princípio constitucional e como tal deve gozar de interpretação ampla, irrestrita, por ser norma matriz, fundamentadora de toda a legislação a respeito da matéria, pelo que não deve ser mitigada pela Lei Regulamentar, in casu, o artigo 312, inciso I, c/c seu § 1º, do RICMS/12.

Argumenta que ao Regulamento cabe tão somente operacionalizar a aplicação da lei, em estrito cumprimento aos seus ditames, de modo que deve ser considerada insubsistente qualquer hipótese que venha restringir o direito do contribuinte à não cumulatividade do ICMS, pois não encontra alicerce na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 87/96. Transcreve julgado da 2ª CJF do CONSEF em apoio à sua tese.

Afirma que a possibilidade (ou não) de se exigir o estorno do crédito de ICMS em razão da operação subsequente se efetuar com redução de base de cálculo (“famigerada figura da isenção parcial”) foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, no regime de Repercussão Geral nos autos dos Recursos Extraordinários nos 635.688/RS e 477.323/RS, tendo sido reconhecida, a priori, a regularidade da exigência do estorno do crédito tributário em discussão, em linha com a pretensão fazendária.

Sustenta, no entanto, que os efeitos daquele julgamento não podem ser aplicados ao presente caso, pois: (i) o resultado decorrente daquele julgamento, que restou desfavorável ao interesse dos contribuintes, ainda sequer foi formalizado através do v. acórdão competente, o que prejudica a sua aplicação, porquanto, ainda não delimitados seus efeitos jurídicos; (ii) o entendimento ainda se encontra passível de reforma, notadamente em razão de diversos argumentos que envolvem a discussão de mérito, o que será questionado oportunamente naqueles autos, pela via processual competente; (iii) mesmo que o acórdão, após devidamente formalizado, seja combatido através de recurso competente e reste mantido o entendimento então adotado, ainda assim existe grande potencial de que os efeitos jurídicos daquele pronunciamento jurisdicional sejam modulados.

Passa a tecer considerações acerca da insubsistência da autuação, aduzindo que, por meio do Convênio ICMS 128/94 (que revogou o Convênio ICMS 139/93), o Estado da Bahia concordou em estabelecer carga tributária mínima de 7% do ICMS sobre itens que compõem a cesta básica, bem como não exigir o estorno proporcional do crédito do tributo, ressaltando que, em nenhum trecho do convênio, há menção de que a redução da carga tributária está vinculada à base de cálculo.

Acrescenta que, conforme disposto na Lei Complementar nº 24/75, os Estados e o Distrito Federal, ao celebrarem convênios, determinam a forma e os termos em que estão sendo concedidos os benefícios fiscais, cabendo a cada Ente Federado, portanto, única e exclusivamente, publicar o respectivo e competente decreto, ratificando ou não os termos do convênio. Transcreve artigos da lei citada.

Diz que, nessa linha de raciocínio, os convênios firmados não conferem autorização aos signatários para conceder, alterar ou revogar os benefícios fiscais e, ao revés, os vinculam para que executem sua ordem, de forma a conferir os benefícios aos contribuintes nos estritos termos do que foi celebrado.

Assevera que, enquanto for signatário do Convênio ICMS 128/94, o Estado da Bahia está compelido a obedecer a suas regras, quais sejam, exigir carga tributária mínima de ICMS sobre os produtos da cesta básica em 7% e não exigir o estorno proporcional dos créditos ao montante do imposto devido na saída, pois, se não fosse assim, fatalmente os comerciantes agregariam, ao seu custo, a parcela do crédito vedado, majorando o preço dos produtos para os consumidores finais.

Destaca que agiu em consonância com o determinado no Convênio ICMS 128/94, fato este que também impede a imposição da multa, dos juros de mora e da correção monetária, nos termos do parágrafo único do artigo 100 do CTN.

Diz que a regra perpetrada pelo Convênio em apreço é claramente um caso típico de redução de alíquota interna do ICMS incidente sobre os produtos da cesta básica e não, como quer fazer crer

o Estado Baiano, de redução de base de cálculo.

Aduz que, se na celebração do Convênio, os Estados e o Distrito Federal tivessem como intenção fixar a redução da carga tributária através da base de cálculo o teriam feito de maneira expressa, tal como já o tinham quando da edição do Convênio ICMS 139/93, revogado pelo 128/94.

Sustenta que está evidente que, à época da celebração do revogado Convênio ICMS nº 139/93, era intenção dos Estados e Distrito Federal que a redução conferida aos contribuintes fosse por meio da “redução da base de cálculo”. Já na celebração do Convênio ICMS 128/94, os Estados e Distrito Federal alteraram sua interpretação do benefício e resolveram adotar a expressão “redução da carga tributária”, com o objetivo único de permitir a transição do benefício de redução da base de cálculo para redução da alíquota interna.

Pontua que os Entes Federados que discricionariamente optaram por prosseguir com a terminologia “redução de base de cálculo” tiveram apenas um objetivo: exigir o estorno proporcional do crédito de ICMS, por conta da tese equivocada de que esta se equipara a uma isenção parcial, o que como fortemente será demonstrado na sequência não merece prosperar.

Cita doutrina de Marco Aurélio Greco em apoio à sua tese.

Menciona que o Convênio ICMS 128/94 prevê a redução da alíquota interna e não da base de cálculo, pelo que a exigência do estorno do crédito de ICMS fere frontalmente às suas disposições e, por conseguinte, as disposições da Constituição Federal e da Lei Complementar nº 24/75.

Transcreve dispositivos da Constituição Federal sobre as características essenciais do ICMS e, em seguida, arremata que sob a óptica estritamente constitucional, se regularmente tributados na operação anterior, todos os produtos componentes da cesta básica adquiridos pela Impugnante conferem direito ao crédito do ICMS de forma irrestrita, independentemente da base de cálculo do ICMS por ela adotada na subsequente saída, por força do princípio da não-cumulatividade, como ensina a melhor doutrina tributária. Requer o cancelamento da exigência tributária.

Arremata a sua peça recursal, requerendo que o presente Recurso Voluntário seja julgado integralmente procedente para reformar o v. Acórdão recorrido, declarando-se a nulidade do lançamento, ou, no mérito, cancelando-se as exigências remanescentes impugnadas (imposto, multa, juros e demais encargos), determinando-se, por conseguinte, o arquivamento do processo administrativo fiscal.

Termos em que, pede deferimento.

VOTO

Quanto ao recurso voluntário, o sujeito passivo suscitou duas questões preliminares, as quais, uma vez acolhidas, resultariam na anulação do lançamento. Passo a enfrentá-las. Quanto à alegação de equívoco na metodologia de apuração do crédito tributário, ao argumento de que a fiscalização não buscou esclarecer a natureza da matéria tributável, não merece acolhida, pois a análise dos demonstrativos de débito, acostados às folhas 26/125 revela que a autoridade fiscal fez um levantamento exaustivo dos elementos de cada uma das operações autuadas, tendo informado não apenas o valor, a origem e o CFOP de cada uma das notas fiscais examinadas, mas também a descrição das mercadorias contidas nos documentos analisados, o que resta suficiente para dar a conhecer a matéria e, ato contínuo, conferir-lhe o tratamento tributário mais adequado, a juízo do autuante.

Assim, nada nos autoriza a concluir que o fisco desconhecia a matéria tributável, ao contrário do que alega a empresa, pois todos os elementos necessários ao conhecimento da natureza das operações autuadas foram explicitados nos demonstrativos de débito. Eventuais equívocos, no tratamento tributário conferido às mercadorias objeto da presente autuação, serão abordados quando do tratamento do mérito.

Quanto à alegação de nulidade da Infração 4, ao argumento de que fora exigido um valor superior ao efetivamente devido, é de se notar que a 2ª JJF reduziu o valor lançado, tendo feito a adequação do auto de infração à legislação. Embora a Recorrente não discorde do conteúdo da decisão de piso, defende que o órgão julgador não poderia efetuar revisão do lançamento na fase de julgamento, fato que conduziria à nulidade da decisão da 2ª JJF.

Entendo que não merece guarida tal raciocínio, pois faz parte da competência dos órgãos judicantes administrativos aplicar a lei ao caso concreto, sob exame, reduzindo ou eliminando totalmente o valor objeto do auto de infração, conforme dispõe o art. 155 do RPAF/99.

*“Art. 155. A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e **concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário** (grifo acrescido) ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.”*

Embora o órgão julgador não possa majorar a exigência fiscal, o mesmo não se aplica para a possibilidade de reduzi-la, pois a conclusão acerca da “procedência parcial”, a que se refere o caput do artigo citado, nada mais significa do que reduzir, quantitativamente, o crédito tributário lançado.

Assim, rejeito as alegações de nulidade suscitadas.

No mérito, quanto à Infração 1, a acusação fiscal é de *“Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com isenção do imposto”*.

O sujeito passivo não nega o cometimento da infração. Alega, contudo, que a despeito do creditamento indevido, também deu saída posterior tributada às mercadorias isentas, o que resultaria em ausência de prejuízo para o Estado.

Examinando os autos, é possível constatar que tal argumento recursal coincide com aquele já deduzido pelo contribuinte em sua impugnação, à folha 157. Como não acostara qualquer prova de que tivesse tributado tais mercadorias na saída subsequente, o autuante promoveu a intimação do sujeito passivo para que juntasse, ao processo, as provas de suas alegações, conforme intimação, à folha 255.

Em atendimento à intimação expedida, a autuada acostou CD, à folha 260, contendo arquivo denominado “Planilha de Saída Tributadas – Lj 66 ...”. O exame do arquivo citado revela que contém tabelas trimestrais, relacionando o código e a descrição da mercadoria vendida, com informações de quantidade, valor e o ICMS incidente. Não há, contudo, qualquer prova de que tenha tributado as operações de saída, nem qualquer identificação dos documentos fiscais emitidos. Ademais, a tabela apresentada pela empresa apresenta dados englobados no trimestre, o que inviabiliza a avaliação acerca da alegada “ausência de prejuízo ao erário”.

Em seu recurso, o contribuinte renova tais argumentos, alegando que deveria ter sido intimada para comprovação de suas alegações, oportunidade que já lhe foi oferecida, conforme relatado.

Não resta dúvida de que a empresa possui o direito de restituição relativamente aos valores recolhidos aos cofres estaduais, à medida em que prove a tributação indevida das operações de saída isentas. Tal direito não desnatura, contudo, a presente autuação uma vez que são fatos distintos, que não podem ser confundidos.

Assim, considerando que a conduta infracional foi confessada pelo contribuinte, entendo que a infração restou caracterizada. Entendo, por isso, que não merece reparo a decisão recorrida neste ponto.

Quanto à Infração 2, a acusação fiscal é *“Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução ...”*. O sujeito passivo se opõe ao lançamento, argumentando que não se aplica a regra do estorno proporcional às mercadorias autuadas, pois compõem a cesta básica, possuindo alíquota reduzida e não redução

da base de cálculo.

Examinando o demonstrativo de débito relativo à Infração 2 (folhas 39/42), é possível notar que as mercadorias autuadas foram “vinagre”, “margarina”, “composto lácteo” e “leite em pó”, conforme pontua a recorrente em sua petição (folha 308).

Inicialmente, é importante que se diga que o Convênio 128/94, que autoriza as unidades federativas a adotar a alíquota de 7% para mercadorias da cesta básica, é meramente autorizativo, e não impositivo, como afirma a empresa, conforme se depreende da leitura da sua Cláusula Primeira, abaixo transcrita.

“CONVÊNIO ICMS 128/94

Dispõe sobre tratamento tributário para as operações com as mercadorias que compõem a cesta básica.

Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados (grifo acrescido) a estabelecer carga tributária mínima de 7% (sete por cento) do ICMS nas saídas internas de mercadorias que compõem a cesta básica.

...”

Ademais, não possui amparo na legislação, a tese recursal de que os itens “vinagre”, “margarina”, “composto lácteo” e “leite longa em pó” são tributados à alíquota de 7% por fazerem parte da cesta básica, pois a Lei nº 7.014/96, em seu art. 16, inciso I, alínea “a”, lista as mercadorias tributadas com a alíquota de 7%, não constando de seu rol qualquer das mercadorias referidas pelo contribuinte, conforme abaixo.

“Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% (sete por cento) nas operações com:

- a) arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha e fubá de milho e farinha de mandioca;*
- b) ...”*

Ora, as mercadorias autuadas gozavam, na época dos fatos geradores, de tratamento tributário beneficiado, com redução da base de cálculo, conforme incisos XXV e XXVII do art. 268 do RICMS/12, cujo texto reproduzo abaixo.

“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

...”

*XXV - das operações internas com **leite em pó**, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento); (redação vigente de janeiro até julho/13)*

*XXV - das operações internas com **leite em pó e composto lácteo em pó**, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento); (redação vigente de agosto a dezembro de 2013)*

...”

*XXVII - das operações internas com **vinagre**, **charque** e **margarina**, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento);*

...”

Conforme se lê a partir do caput do art. 268, o benefício fiscal previsto para tais mercadorias, diferentemente do que afirma a empresa, possui a natureza jurídica de “redução da base de cálculo” e não de alíquota reduzida. Sendo reduzida a base de cálculo nas saídas citadas, é forçoso admitir que o limite de creditamento nas entradas deverá observar o regramento estipulado no § 8º do art. 29 da Lei nº 7.014/96, abaixo reproduzido.

“Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

...”

*§ 8º Quanto à utilização do crédito fiscal relativo ao serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento, **quando prevista redução de base de cálculo na operação ou prestação subsequente com***

fixação expressa da carga tributária correspondente, deverá ser considerado como limite o percentual equivalente a esta carga (grifo acrescido)."

Tal regra foi, inclusive, explicitada, no inciso I do art. 312 do RICMS/12, c/c o § 1º do mesmo dispositivo, conforme abaixo.

"Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

...

§ 1º Quando a operação ou prestação subsequente ocorrer com redução da base de cálculo, o valor do estorno será proporcional à redução, sendo que, havendo fixação expressa da carga tributária, o estorno será em relação ao percentual destacado na nota fiscal que exceder ao da carga tributária definida na legislação para a operação subsequente com a mercadoria ou com o produto dela resultante;

..."

Assim, não assiste razão ao sujeito passivo, sendo, sim, hipótese de estorno de crédito, não sendo o caso de mercadorias enquadradas na cesta básica, tratadas no art. 16, inciso I, alínea "a" da Lei nº 7.014/96, das quais não se cogita.

A infração 2 está caracterizada, não merecendo reparo a decisão de piso.

Quanto à Infração 3, a acusação foi *"Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária"*. Da mesma forma que fizera, relativamente à Infração 1, o sujeito passivo não nega o cometimento da infração. Alega, contudo, que a despeito do creditamento indevido, também deu saída posterior tributada às mercadorias sujeitas ao regime ST, o que resultaria em ausência de prejuízo para o Estado.

O sujeito passivo não desenvolve uma atividade probatória específica à Infração 3, tendo tratado a matéria de forma englobada com a Infração 1, alegando ter feito a tributação de todas as mercadorias, na saída subsequente.

Considerando que a atividade probatória restou insuficiente para dar conta da prova de tributação das mercadorias revendidas (conforme mencionado na decisão acerca da Infração 1), entendo que se impõe a mesma conclusão, pois os arquivos anexados pela empresa, em atendimento à intimação, contêm dados globais por trimestre, sem, contudo, apresentar qualquer prova de que tenha o contribuinte tributado as operações de saída, nem qualquer identificação dos documentos fiscais emitidos. Tais elementos se revelam insuficientes para uma avaliação acerca da alegada *"ausência de prejuízo ao erário"*.

Caso o contribuinte venha a apresentar provas de suas alegações, é direito seu ver excluídos os valores exigidos relativamente à obrigação principal, subsistindo, todavia, a multa aplicada, conforme prevê o § 1º do art. 42 da Lei 7.014/96, abaixo reproduzido.

"Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea "d" do inciso II";

Da mesma forma, faz-se necessário que apresente a relação de todas as notas fiscais de saída indevidamente tributadas no período da autuação, com vistas a que se possa avaliar a ocorrência, ou não, de prejuízo ao erário. Frise-se que é indispensável a apresentação, ainda que de forma exemplificativa, das provas documentais de saídas indevidamente tributadas, o que não aconteceu até o presente momento.

Entendo, por isso, que não merece reparo a Decisão recorrida também neste ponto.

Caso o sujeito passivo obtenha os elementos probatórios que venham a comprovar as suas alegações, deve encaminhar para a PGE/PROFIS para que seja feito o controle de legalidade, nos termos do art. 113 do RPAF.

Por fim, quanto à alegação de que a parte dispositiva do acórdão recorrido ignorou os valores recolhidos pela empresa, noto que não assiste razão à Recorrente, pois a Resolução fez menção expressa à homologação dos valores recolhidos, conforme se lê abaixo, em trecho destacado.

*“ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 281508.0001/15-7, lavrado contra BARCELONA COMÉRCIO VAREJISTA E ATACADISTA S/A, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.126.127,81, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, e VII, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, além da multa percentual no valor de R\$95.474,49, prevista no inciso VII, alínea “b”, do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos legais, **devendo ser homologados os valores recolhidos pelo contribuinte com os benefícios da Lei nº 13.449/15 (grifo acrescido).**”*

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

No pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a Decisão da 2ª JFJ (Acórdão JFJ Nº 0144-02/16) desonerou o sujeito passivo, reduzindo o débito lançado de R\$2.413.777,25 para R\$2.300.183,16, em valores atualizados ao mês do julgamento (vide folha 283), o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte.

A desoneração parcial do crédito tributário está associada à redução da Infração 4, sendo este o objeto do presente recurso.

A Infração 4 acusa o sujeito passivo de *“Recolheu a menos ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”*. A decisão de piso excluiu do demonstrativo de débito os valores relacionados às mercadorias “margarina” e “jerked beef”, ao fundamento de que a primeira gozava, à época dos fatos, de redução da base de cálculo (com base no art. 268, inciso XXVII do RICMS/12), enquanto que a segunda se enquadrava no regime de antecipação tributária (com fundamento no item “34” do Anexo I do RICMS/12). Ressalte-se que as exclusões atingiram apenas os valores lançados relativamente ao exercício de 2013.

Quanto à margarina, tal matéria já foi objeto de exame quando da análise do recurso voluntário, naquilo que se refere à Infração 1. Assim, conforme já destacado, tal mercadoria gozava, ao longo do exercício de 2013, de tratamento tributário beneficiado, com redução da base de cálculo, conforme incisos XXVII do art. 268 do RICMS/12, cujo texto reproduzo abaixo.

“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

*...
XXVII - das operações internas com **vinagre**, **charque** e **margarina**, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento);
...”*

Assim, comungo com o entendimento consagrado na decisão de piso, a, qual não merece reparo neste ponto.

Quanto à mercadoria “jerked beef”, é um produto resultante do abate do gado bovino, não se confundindo com o “charque”, conforme se depreende da consulta feita ao site *“<http://www.natalguia.com.br/carnes.html>”*, disponível na rede mundial de computadores, em trecho abaixo reproduzido.

“O JERKED BEEF (adaptado de “jerky”, charque em inglês) tem um processamento muito semelhante ao do charque, porém adiciona-se nitrato e nitrito de sódio durante o seu preparo e ele é sempre comercializado em embalagem a vácuo.”

Ora, não se identificando com o “charque”, não poderia se enquadrar na exceção feita pelo item “34” do Anexo 1 do RICMS/12, abaixo reproduzido.

“ANEXO I

(...)
“34

*Produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino e suíno em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque - 0201; 0202; 0203; 0206; 0209 e 0210”
(...)”*

Assim, considerando a regra de hermenêutica que impõe a interpretação restritiva da norma que excepciona, entendo que a mercadoria em comento enquadra-se, efetivamente, no regime de substituição tributária, não sendo possível tributar, novamente, tais saídas. A Decisão de piso não merece ser reformada.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281508.0001/15-7**, lavrado contra **BARCELONA COMÉRCIO VAREJISTA E ATACADISTA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.126.127,81**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$95.474,49**, prevista no inciso VII, “b”, do mesmo artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos pelo contribuinte com os benefícios da Lei nº 13.449/15.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de maio de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS